

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9314 *Resolución de 17 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil XI de Madrid a practicar la anotación preventiva de la solicitud de un complemento a la convocatoria de la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don R. P. R., abogado, en nombre y representación de doña M. J. A. M., contra la negativa del registrador Mercantil XI de Madrid, don Francisco Javier Llorente Vara, a practicar la anotación preventiva de la solicitud de un complemento a la convocatoria de una junta general de «El Enebro, S.A.».

Hechos

I

El día 15 de octubre de 2020, doña M. J. A. M. otorgó un acta de manifestaciones ante el notario de Madrid, don Pablo Jacinto Ramallo Taboada, con el número 2.904 de protocolo, con el siguiente contenido:

- El día 21 de septiembre de 2020 se publicó en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» un anuncio de convocatoria de la junta general de «El Enebro, S.A.».
- En su condición de socia, titular de un 13,383% del capital social, solicitó un complemento del orden del día, conforme al artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, mediante correo electrónico y burofax enviados el día 25 de septiembre de 2020.
- El correo electrónico se envió a las 12:00 horas del día 25 de septiembre de 2020, en su nombre, por su secretaria y mandataria verbal, desde la cuenta «(...)@eulen.com» a la cuenta «(...)@elenebro.com» del representante persona física del administrador único, y de la cual se recibió «acuse de recibo, mediante justificante de lectura del correo electrónico a las 13:15 horas» del mismo día.
- Se impuso burofax en el Servicio de Correos «a las 13:56 del día 25 de septiembre de 2020 (...)» y se recibió por su destinatario a las 12:16 horas del día 28 de septiembre, lunes, toda vez que el sábado día 26 de septiembre las oficinas de El Enebro S.A. se encontraban cerradas».
- No se ha publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» el complemento a la convocatoria solicitado por doña M. J. A. M.
- Al amparo del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil solicitaba «la anotación preventiva de la solicitud de publicación de un complemento a la convocatoria de Junta, con cierre del registro a los acuerdos adoptados en la Junta general de El Enebro S.A. de que se trata».

II

Presentada el día 22 de octubre de 2020 la indicada acta en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Francisco Javier Llorente Vara, registrador Mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos

Diario/Asiento: 3070/32.

F. presentación: 22/10/2020.

Entrada: 1/2020/123.314,0.

Sociedad: El Enebro Sociedad Anónima.

Autorizante: Ramallo Taboada Pablo.

Protocolo: 2020/2904 de 15/10/2020.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. No practicada la anotación preventiva solicitada por lo siguiente:

No se acredita haberse recibido en plazo en el domicilio social la notificación fehaciente de solicitud de complemento de convocatoria.

El artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el ejercicio del derecho a solicitar que se publique el complemento de convocatoria deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

Por su parte el artículo 104 de Reglamento del Registro Mercantil dispone que la anotación preventiva de publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta se practicará en virtud de la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas y dicho precepto de la ley (hoy derogada) se pronuncia en los mismos términos que el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital citado.

De la documentación presentada se desprende que la notificación fue realizada por burofax enviado el día 25 de septiembre de 2020 y recibido en el domicilio social el día 28 del mismo mes y como quiera que la publicación de la convocatoria de los Junta se publicó en el BORME el día 21, en el momento de la recepción ya habían transcurrido los cinco días siguientes a dicha publicación.

También resulta de la documentación presentada que se envió un correo electrónico el día 25 de septiembre por ...@eulen.com a ...@elenebro.com, constando que fue leído el mismo día 25 de septiembre. Sin embargo, no consta que dicho correo haya sido validado por un Prestador de Servicios de Certificación Electrónica que certifique la emisión efectiva de la comunicación y el momento exacto, la recepción del mensaje, así como la integridad del contenido y la autenticidad del mismo.

El Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2013 Recurso 855/2010 establece la necesidad de que intervenga en la comunicación/notificación un Prestador de Servicios de Certificación para considerar su fehaciencia frente al correo normal; y en el mismo sentido el Reglamento Europeo 910/2014 relativo a la Identificación Electrónica y los Servicios de Confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

La DGSJFP en resolución de 28 de octubre de 2014 considera también necesaria la firma electrónica del correo en un supuesto de convocatoria de Junta General.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 11 de noviembre de 2020 El registrador (firma ilegible).»

Don R. P. R. como abogado de doña M. J. A. M., presentó el día 22 de diciembre de 2020, una instancia subsanatoria, acompañada de un acta autorizada día 11 de diciembre de 2020 por el notario de Madrid, don Pablo Ramallo Taboada, y con dos diligencias de los días 14 y 22 del mismo mes y año, con el número 4.382 de protocolo, a la que se adjuntaba un informe pericial informático en el que se manifestaba: «en relación con el correo electrónico enviado por ... @eulen.com a ... @elenebro.com constando que fue leído el mismo día 25 de septiembre, con la comunicación del ejercicio del derecho a solicitar y publicar complemento de la convocatoria, según se acredita pericialmente, fue enviado y recibido efectivamente en las fechas y horas que en

los mismos constan, habiéndose acreditado, igualmente, su autenticidad y la integridad de su contenido», siendo objeto de la siguiente nota de calificación:

«El registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defectos que impiden su práctica:

Documento presentado 2.020/12 159.385,0.
Diario 3.070.
Asiento 32.
Entidad: El Enebro Sociedad Anónima.

Presentado nuevamente el precedente documento el día 22 de diciembre pasado junto con escrito del presentante, sin firma legitimada, y copia del acta autorizada por el notario don Pablo Ramallo Taboada el 11 de diciembre de 2020 n.º 4382 de protocolo.

Se reitera la nota de calificación que precede de fecha 11 de noviembre de 2020 que es del siguiente tenor:

“No practicada la anotación preventiva solicitada por lo siguiente:

No se acredita haberse recibido en plazo en el domicilio social la notificación fehaciente de solicitud de complemento de convocatoria.

El artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el ejercicio del derecho a solicitar que se publique el complemento de convocatoria deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. Por su parte el artículo 104 de Reglamento del Registro Mercantil dispone que la anotación preventiva de publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta se practicará en virtud de la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas y dicho precepto de la ley (hoy derogada) se pronuncia en los mismos términos que el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital citado.

De la documentación presentada se desprende que la notificación fue realizada por burofax enviado el día 25 de septiembre de 2020 y recibido en el domicilio social el día 28 del mismo mes y como quiera que la publicación de la convocatoria de los Junta se publicó en el BORME el día 21, en el momento de la recepción ya habían transcurrido los cinco días siguientes a dicha publicación. También resulta de la documentación presentada que se envió un correo electrónico el día 25 de septiembre por (...) a (...), constando que fue leído el mismo día 25 de septiembre. Sin embargo, no consta que dicho correo haya sido validado por un Prestador de Servicios de Certificación Electrónica que certifique la emisión efectiva de la comunicación y el momento exacto, la recepción del mensaje, así como la integridad del contenido y la autenticidad del mismo.

El Auto del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2013 Recurso 855/2010 establece la necesidad de que intervenga en la comunicación/notificación un Prestador de Servicios de Certificación para considerar su fehaciencia frente al correo normal; y en el mismo sentido el Reglamento Europeo 910/2014 relativo a la Identificación Electrónica y los Servicios de Confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

La DGSJFP en resolución de 28 de octubre de 2014 considera también necesaria la firma electrónica del correo en un supuesto de convocatoria de Junta General.”

Y ello porque en cuanto a la notificación realizada por burofax nada se dice en la documentación nuevamente presentada y en cuanto a la realizada por correo electrónico no resulta de dicha documentación que haya sido practicada la notificación fehaciente en el domicilio social de la solicitud de complemento de convocatoria que exige el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, al no acreditarse que los correos electrónicos hayan

sido validados por un Prestador de Servicios de Certificación Electrónica, sin perjuicio del valor probatorio que pudiera tener en correspondiente procedimiento seguido ante los Órganos Jurisdiccionales correspondientes.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, 14 de enero de 2021 El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. P. R. abogado, en nombre y representación de doña M. J. A. M., interpuso recurso el día 18 de febrero de 2021 en los siguientes términos:

«Antecedentes

Primero. Que en fecha 21 de septiembre de 2.020 se publicó en el Boletín Oficial del Registro Mercantil convocatoria para Junta General de accionistas de la sociedad El Enebro, S.A., prevista para su celebración en el domicilio social sito en Madrid, calle (...), el día 23 de octubre de 2.020, a las 10:00 horas en primera convocatoria, o el siguiente día 26 de octubre de 2.020, en el mismo lugar y a la misma hora, en segunda convocatoria. Se acompañó al título inicialmente presentado (Acta de Manifestaciones autorizada el 15 de octubre de 2020 por el notario de Madrid, don Pablo Ramallo Taboada, con el número 2904/2020 de su protocolo, fotocopia de la convocatoria publicada en el número 183 del Boletín Oficial del Registro Mercantil, de fecha 21 de septiembre de 2.020, páginas 6444 y 6445.

Segundo. Mi mandante, doña M. J. A. M., en su condición de accionista de El Enebro, S.A., titular de 41.433 acciones representativas del 13,383 % del capital social, y al amparo de lo prevenido en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, solicitó un complemento del orden del día, mediante correo electrónico y burofax enviados el 25 de septiembre de 2.020.

Tercero. Que dicho correo electrónico se envió, a las 12:00 horas del día 25 de septiembre de 2020, viernes, en nombre de doña M. J. A. M., por su secretaria y mandataria verbal doña A. P. G., desde la cuenta (...), siendo destinatario don J. C. A. M., representante persona física del Administrador Único de El Enebro, S.A., la sociedad Mezqual Limited, a la cuenta de correo electrónico (...), desde la cual se recibió, en la misma cuanta remitente, acuse de recibo, mediante justificante de lectura del correo electrónico, a las 13:15 horas del 25 de septiembre de 2020. Se unió a la matriz de la citada escritura y consta unida a las copias [sic] de la misma que se presentó para su inscripción, copia del correo electrónico enviado el 25 de septiembre de 2020, así como del justificante de lectura del mismo en esa misma fecha.

Cuarto. Que el burofax al que se hace referencia en el antecedente «Segundo» anterior, se impuso en Correos a las 13:56 horas del día 25 de septiembre de 2020 con el número de admisión (...) y se recibió por su destinatario a las 12:16 horas del día 28 de septiembre, lunes. Se unió a la matriz de la citada escritura de 15 de octubre de 2020 y a su copia, que se presentó para inscripción, copias certificadas del burofax enviado y del acuse de recibo del mismo. Es hecho notorio que la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos no tiene servicio de reparto de correspondencia los sábados, sean o no festivos.

Quinto. Una vez comprobado que la sociedad El Enebro, S.A. no había publicado el complemento de convocatoria solicitado, con la antelación mínima de quince días al previsto en la convocatoria para la celebración de la Junta; el 15 de octubre de 2020 mi representada doña M. J. A. M. compareció ante notario y otorgó el acta de manifestaciones a la que se ha hecho referencia dejando constancia de lo anterior y solicitando del Registro Mercantil competente, al amparo de lo dispuesto en el

artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, la anotación preventiva de la solicitud de publicación de un complemento a la convocatoria de Junta, con cierre del registro a los acuerdos adoptados en la Junta general de El Enebro, S.A. de que se trataba.

Sexto. El día 22 de octubre de 2020, doña M. J. A. M., representada por don R. P. R., presentó ante el Registro Mercantil de Madrid (en cuya demarcación tiene su domicilio social la sociedad El Enebro, S.A.) el acta de manifestaciones anteriormente referenciada, que causó el Asiento n.º 3070/32. Dicha presentación se realizó con la finalidad de lograr la inscripción del acta y la anotación preventiva de solicitud de publicación de complemento a la convocatoria de Junta de sociedades de capital, la que se refiere el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, con cierre del Registro a los acuerdos adoptados en la Junta de El Enebro, S.A. a la que iba referida el acta.

Séptimo. El día 11 de noviembre de 2020, el Registrador Mercantil extendió calificación negativa con defecto subsanable referida al acta de manifestaciones referida, denegando su inscripción y la anotación preventiva que se solicitaba, teniendo dicha calificación el tenor literal siguiente: (...)

Octavo. Mi representada optó por intentar la subsanación del defecto apreciado en la calificación registral y, a tal efecto, el día 11 de diciembre de 2020, otorgó una nueva acta notarial que fue autorizada por el notario de Madrid, don Pablo Ramallo Taboada, con el número 4382 de su protocolo, a la que, mediante diligencia de 22 de diciembre de 2020, se unió informe pericial informático emitido por el equipo de la sociedad FTI Consulting Spain, SRL, cuyo objeto y conclusiones, en extracto, son los siguientes:

“El objetivo de este informe pericial es el de verificar la existencia, validez técnica y envío de ocho (8) correos electrónicos intercambiados entre Dña. M. J. A. y Dña. A. P., con D. J. C. A. M., en los días 23 y 25 de septiembre de 2020, debido a que según hemos sido informados, D. J. C. A. M. habría puesto en duda el recibido de uno de los mencionados correos electrónicos, concretamente el enviado por Dña. A. P., a las 12:00:37 del día 25 de septiembre de 2020.” (Pág. 6).

El indicado informe pericial concluye, lo siguiente:

I. “Así mismo, el análisis técnico de los correos electrónicos y cabeceras6 [sic] técnicas relacionadas con el correo electrónico enviado por Dña. A. P., a las 12:00:37 del día 25 de septiembre de 2020 y con asunto “Fwd: solicitud complemento orden del día junta general El Enebro, S.A. 23-26 de octubre de 2020” (...), revela que Dña. A. P. recibió tres correos electrónicos confirmando el recibo de dicho correo, por parte de dos cuentas de correo electrónicas individuales y ajenas al Grupo Eulen. (.../..)

(ii) En tercer lugar, Dña. A. P. recibió una confirmación de lectura automática proveniente de la cuenta de correo electrónico de D. J. C. A., a las 13:15:10 horas (...). (Pág. 7)

II. “Como consecuencia de lo anterior, podemos confirmar que el correo electrónico enviado por Dña. A. P., a las 12:00:37 del día 25 de septiembre de 2020 fue recibido y abierto desde la cuenta de correo de D. J. C. A., con el consiguiente envío automático de un correo electrónico de confirmación de lectura, por parte de su sistema de gestión de correos.” (pág. 7)

III. En el caso del correo electrónico de confirmación de lectura recibido por Dña. A. P., a las 13:15:10 horas del 25 de septiembre por parte de D. J. C. A. (...), nuestro análisis técnico de dicho correo constata que dicha confirmación de lectura fue generada y enviada de forma automática, una vez que la cuenta de D. J. C. A. abrió el correo electrónico enviado por Dña. A. P. y tras mostrarse su contenido en pantalla, a las 12:00:37 del día 25 de septiembre de 2020 (...). (pág. 8)

IV. Como resultado del análisis comparativo que hemos realizado entre el correo electrónico de contestación enviado por Dña. E. F. T. a Dña. M. J. A., con copia a D. J. C. A., a las 14:21:01 horas del 23 de septiembre de 2020 (...), y el correo electrónico de confirmación de lectura automática proveniente de la cuenta de correo electrónico de D.

J. C. A., enviado a las 13:15:10 horas del 25 de septiembre (Documento 08), podemos constatar lo siguiente:

- (i) Que las cabeceras técnicas de dichos correos electrónicos evidencian que éstos provienen del mismo dominio (elenebro.com) perteneciente a la empresa El Enebro.
- (ii) Que las cabeceras técnicas de dichos correos electrónicos contienen información generada automáticamente, por los diferentes sistemas por los que los mencionados correos electrónicos fueron pasando durante su transmisión (desde el momento en el que se enviaron, hasta que fueron recibidos), permiten confirmar que éstos fueron enviados desde las cuentas de correo electrónico de los remitentes, concretamente Dña. E. F. T. (...) y D. J. C. A. (...)." (pág. 8)

En consecuencia, en relación con el correo electrónico enviado por (...) a (...), constando que fue leído el mismo día 25 de septiembre, con la comunicación del ejercicio del derecho a solicitar y publicar complemento de la convocatoria, según se acredita pericialmente, fue enviado y recibido efectivamente en las fechas y horas que en los mismos constan, habiéndose acreditado, igualmente, su autenticidad y la integridad de su contenido.

Noveno. El mismo 22 de diciembre de 2020, volvió a presentarse en el Registro Mercantil de Madrid el acta notarial de manifestaciones de 15 de octubre de 2020, con número 2904 de protocolo, en unión de instancia solicitando la subsanación del defecto apreciado en la calificación de 11 de diciembre 2020 y del acta notarial de 11 de diciembre de 2020 (con diligencia de 22 de diciembre de 2020) que incorpora el citado informe pericial, solicitando al Registrador Mercantil, nueva calificación en la que se acordase la subsanación del defecto apreciado en la de 11 de noviembre y, en consecuencia, la inscripción del acta de 15 de octubre de 2020 con extensión de la anotación preventiva del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil y el cierre del Registro a los acuerdos adoptados en la Junta de Accionistas de El Enebro, S.A. convocada para ser celebrada el 23 de octubre de 2020, respecto de cuya convocatoria no se publicó el complemento interesado por mi representada.

Décimo. El 14 de enero de 2021, el Registro Mercantil extendió nueva calificación negativa con defecto subsanable, denegando la inscripción del título por considerar que no se había subsanado el defecto inicialmente apreciado. La indicada calificación tiene el siguiente tenor literal: (...)

Undécimo. Dicha calificación negativa ha sido notificada el día 18 de enero de 2021, mediante la retirada de las escrituras presentadas y calificadas, por lo que, contra esa calificación de 11 de noviembre de 2020, ratificada y reiterada por la de 14 de enero de 2012 [sic], que ha sido notificada el día 18 del mismo mes y año, se dirige este recurso gubernativo que se basa en los siguientes

Fundamentos de Derecho

Primero. El Registrador Mercantil de Madrid deniega, por dos veces, la inscripción del acta notarial de manifestaciones de 15 de octubre de 2020 a los efectos del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil (extensión de anotación preventiva y cierre registral), porque estima que la solicitud de complemento de convocatoria de Junta, realizada por mi representada mediante correo electrónico dirigido el 25 de septiembre de 2020 a la sociedad El Enebro, S.A. a la cuenta de correo electrónico de don J. C. A. M., persona física representante de la administradora única de esa sociedad (...) constandingo devuelta, ese mismo día 25 de septiembre de 2020 y desde la misma cuenta de correo, confirmación de lectura del mensaje enviado, no se ajusta a los requisitos establecidos por el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

Concretamente, considera que la comunicación mediante correo electrónico realizada en el caso que nos ocupa no es fehaciente, porque no permite acreditar la

recepción de ese mensaje por la persona o entidad destinataria ni la emisión e integridad del mensaje dirigido por ese conducto.

Sin perjuicio de que considera la fehaciencia de esa misma comunicación mediante el burofax impuesto el 25 de septiembre de 2020 y recibido por El Enebro, S.A. el lunes 28 de ese mismo mes, estima que esa comunicación tampoco cumple con los requisitos de plazo exigidos por el mismo precepto (artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital) pues se entregó una vez habían transcurrido cinco días desde la publicación de la Convocatoria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (día 21 de septiembre de 2020).

No obstante lo anterior, nuestro recurso se dirige a conseguir la declaración del Centro Directivo al que se dirige, de que es fehaciente la comunicación de la solicitud de complemento a la convocatoria de la Junta de accionistas de El Enebro, S.A. de que se trata, realizada mediante correo electrónico enviado el 25 de septiembre de 2020 y del que existe confirmación de lectura de esa misma fecha, procedente de la cuenta de correo electrónico de la persona física que ejerce las funciones y competencias de la sociedad administrador única de la sociedad convocante de la Junta.

Obtenida la declaración de fehaciencia de esa comunicación por correo electrónico, no planteará ningún problema considerar que la solicitud de complemento de convocatoria se hizo dentro del plazo de cinco días desde que se publicó la convocatoria e Junta.

Segundo. El Registrador autor de la calificación que se recurre estima que la comunicación realizada por correo electrónico no es fehaciente porque:

“...no consta que dicho correo haya sido validado por un Prestador de Servicios de Certificación Electrónica que certifique la emisión efectiva de la comunicación y el momento exacto, la recepción del mensaje, así como la integridad del contenido y la autenticidad del mismo.”

Sobre esa manifestación, el Registrador calificador considera que la única forma de acreditar la emisión y recepción del correo electrónico (sin que proceda en este punto, considerar otras formas de comunicación más “tradicionales”) es la certificación de ese correo electrónico por un Prestador de Servicios de Certificación. Esta rígida y estricta construcción e interpretación del concepto “comunicación fehaciente” la fundamenta con citación de dos resoluciones:

i) Un Auto de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de fecha 21 de marzo de 2013 (ponente el Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan - Roj: ATS 2051/ 2013 Identificador Cendoj 28079110012013200915), del que el Registrador afirma que «...establece la necesidad de que intervenga en la comunicación/notificación un Prestador de Servicios de Certificación para considerar su fehaciencia frente al correo normal».

ii) La Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 28 de octubre de 2014 (repertorio El Derecho EDD 2014/197150), la cual, una vez más según el Registrador calificador, declara “...necesaria la firma electrónica del correo en un supuesto de convocatoria de Junta General”.

Sobre su interpretación de esas dos resoluciones, el Registrador establece una suerte de «numerus clausus» en la forma de acreditar el envío y la recepción de un correo electrónico.

Según esa interpretación un correo electrónico sólo es fehaciente si ha sido enviado con la intervención mediante de una persona o entidad «Prestadora de Servicios de Certificación» o con el uso de firma electrónica, con exclusión de otras formas de acreditar el acuse de recibo de ese correo electrónico, como puede ser la confirmación de lectura de ese correo por el destinatario del mismo, forma de acuse de recibo que concurre, sin lugar a dudas, en los correos electrónicos de 25 de septiembre de 2020.

No se debe compartir esa interpretación y, por tanto, consideramos que la calificación recurrida debe ser revocada, por cuanto ni el Auto del Tribunal Supremo, que se cita en

la calificación, establece que la intervención del «Prestador de Servicios de Certificación» sea la única o privilegiada forma de dotar de fehaciencia al correo electrónico ni la Resolución de la Dirección General que se cita afirma la «necesidad» (condición sine qua non) de esa intervención o del uso de la firma electrónica para considerar que un correo electrónico está investido con el requisito de fehaciencia a la hora de estimar su validez como medio de comunicación con ocasión del ejercicio por un socio de su derecho, en nuestro caso el de solicitar la publicación de un complemento da una convocatoria de Junta.

El Auto en cuestión afirma que la intervención de un «Prestador de Servicios de Certificación» es una forma válida de acreditar la recepción de un correo electrónico, pero no dice que sea la única, y sobre esa afirmación el tribunal accede a reformar una diligencia de ordenación del 9 enero 2013 por la que no se aceptó el requerimiento efectuado telemáticamente notificado por una empresa privada, que certificó su recepción y su conocimiento por el requerido (Antecedente de Hecho Segundo del ATS 21 03 2013). Se evidencia así, que la citada resolución judicial no sienta una doctrina general que asocie la condición de fehaciente de una comunicación o requerimiento, exclusivamente con la intervención de esa clase de personas o entidades.

En cuanto a la Resolución del Centro Directivo al que nos dirigimos, de 28 de octubre de 2014, es frontal y expresamente contraria a la calificación que recurrimos y, sólo por eso sirve como único fundamento para revocarla. La Resolución en cuestión, en la que funda su calificación el Registrador Mercantil, reconoce expresamente la confirmación de lectura como medio o forma de acreditar la recepción del correo electrónico por su destinatario y lo hace como medio alternativo a la utilización de firma electrónica u otros, entre los que cabe la certificación del correo por persona o entidad prestadora de esa clase de servicios.

Esa Resolución parte de la progresiva flexibilización legal de la condición de comunicación fehaciente, en el ámbito de las comunicaciones en el ámbito societario (el caso concreto analizado por esa resolución, la forma estatutaria de convocar la Junta de socios), según la cual es fehaciente la comunicación, con cita literal del artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que «...se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad...», siguiendo esa línea, la Resolución en cuestión declara que, si bien el correo electrónico, por sí solo, no es un medio que asegure la recepción de la comunicación, si es válido para acreditar esa recepción el correo electrónico que lleva asociado una solicitud de confirmación de lectura. Textualmente, su Fundamento de Derecho Segundo dice:

“Sin embargo, el sistema estatutario de convocatoria de la junta que aquí se pretende establecer implicaría entender que el envío de un correo electrónico, por sí solo, supone su recepción por el destinatario, sin exigir prueba alguna de la efectiva recepción.

Es indudable que el sistema propuesto, en la forma que está redactado, no debe aceptarse, sin perjuicio de que sea admisible una vez complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como, por ejemplo, serían la solicitud de confirmación de lectura, o determinados medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción de la comunicación mediante el uso de firma electrónica, etc.).”

Así pues, resulta indudable que, según la doctrina sentada por el Centro Directivo al que nos dirigimos, la confirmación de lectura de un correo electrónico, permite acreditar el acuse de recibo del envío, como alternativa a otras formas, igualmente válidas, de acreditar la recepción del correo electrónico.

Por tanto, si el correo electrónico y su confirmación de lectura se envían dentro del plazo hábil de cinco días desde la convocatoria, sólo cabe afirmar que la comunicación, en nuestro caso de la solicitud de publicación del complemento a la convocatoria, debe concluirse que se han cumplido los requisitos de plazo y de comunicación fehaciente

exigidos en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tercero. A la luz de la doctrina anterior, la documentación adjunta al acta notarial de manifestaciones de 15 de octubre de 2020, concretamente las copias del correo electrónico enviado en la mañana del viernes 25 de septiembre de 2020 a la cuenta de correo (...) y la confirmación de lectura enviada desde esa misma cuenta de correo en ese mismo día (cuarto del plazo de cinco días establecido por el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, acreditan que la solicitud de publicación de complemento de la convocatoria de Junta realizada por mi mandante doña M. J. A. M., se realizó y recibió en tiempo y forma legales.

Por si lo anterior, no fuese suficiente, la realidad del envío, la realidad de la recepción y la integridad de esas comunicaciones, como su realización en tiempo, se han acreditado mediante el informe pericial informático que se elaboró y adjuntó el 22 de diciembre de 2020 a la escritura de 11 de diciembre de 2020 (protocolo número 4382 del notario don Pablo Ramallo Taboada), que se presentó ante el Registro el 22 de diciembre de 2020 en unión del título de 15 de octubre de 2020, en virtud del cual se solicitaba la anotación preventiva y cierre registral denegados por la calificación que recurrimos.

La calificación debe ser revocada y procederse a la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de 15 de octubre de 2020 (protocolo 2904 del notario don Pablo Ramallo Taboada), con los efectos solicitados al amparo del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el artículo 172 de la ley de Sociedades de Capital.

Cuarto. Sin perjuicio de todo lo anterior, el derecho de solicitar y obtener complemento a la convocatoria que se recoge en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, se configura como una garantía de la minoría frente a la mayoría accionarial o, mejor dicho, frente al órgano de administración. Por eso, no puede perderse de vista que el “espíritu de la ley ni la voluntad del legislador”, coincidiendo “nuestra doctrina y nuestros tribunales” en que los requisitos legales y estatutarios son normas garantistas de los derechos de los accionistas minoritarios, y como tales de orden público, y no pueden entenderse como formalismos enervantes de dichos derechos y, en nuestro caso, además de que el correo electrónico en el que se solicitaba la publicación de complemento, además de constar recibido (mediante confirmación de lectura de 25 septiembre de 2020, viernes, fue ratificado mediante un burofax impuesto ese mismo día y recibido el lunes 28 de septiembre de 2020, por lo que el órgano de administración de El Enebro, S.A. dispuso de tiempo suficiente, casi un mes, para publicar el complemento solicitado en la convocatoria de una junta que se iba a celebrar el día 23 de octubre, en primera convocatoria, o el día 26 de ese mes, en segunda. A mayor abundamiento, no debe olvidarse el hecho notorio de que la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos no tiene actividad de reparto de correspondencia los sábados, sean festivos o no.

En este sentido se pronuncia claramente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de Noviembre de 2.016 (Recurso de Casación y Extraordinario por Infracción Procesal número 738/2014, ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho Gargallo) cuando dice:

“En el desarrollo del motivo se razona que la previsión contenida en el art. 172 LSC de que la petición de complemento del orden del día de la junta previamente convocada, debe realizarse ‘mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria’, debe estar al servicio del derecho inderogable de la minoría de solicitar el complemento. Estos requisitos formales son medios para asegurarse de que los administradores reciben y conocen la petición de complemento. ‘Tales formalidades no son un fin en sí mismo consideradas, sino un medio al servicio del verdadero fin, que no es otro que asegurar la efectividad del derecho de la minoría al complemento de convocatoria’.

Debemos señalar que, en el caso analizado por la sentencia citada, el recurrente que defendía su derecho a obtener la publicación del complemento a una convocatoria era El Enebro, S.A.

También es muy relevante a la hora de resolver el presente recurso que dicha Sentencia estima el derecho a obtener la publicación del complemento solicitado, a pesar de que la petición de complemento no se había realizado en el domicilio social de la entidad que había convocado la Junta.

En el mismo sentido, de considerar el derecho al complemento de la convocatoria de Junta un una [sic] garantía del socio minoritario y de la interpretación del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital de modo favorable a la efectividad de ese derecho, se pronuncia la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 2012 (Recurso 377/ 2009, ponente Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno-Bayón Cobos).»

IV

El registrador Mercantil XI de Madrid, don Francisco Javier Llorente Vara, formuló el oportuno expediente, incorporando su informe, de fecha 25 de febrero de 2021, y lo elevó a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 11 quater y 172 de la Ley de Sociedades de Capital; 104 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 30 de diciembre de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2018 y 2 de enero y 6 de noviembre de 2019.

1. El objeto del presente recurso consiste en determinar si puede practicarse la anotación preventiva, prevista en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, de la solicitud «de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas», que hoy debe entenderse referido al artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando se acredita que la convocatoria de la junta general se produjo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» de 21 de septiembre de 2020, y la solicitud de complemento de convocatoria fue realizada mediante correo electrónico, enviado y recibido el día 25 de septiembre de 2020, y mediante burofax impuesto el día 25 de septiembre de 2020 y recibido por la sociedad el día 28 de septiembre de 2020.

2. El complemento de convocatoria se encuentra previsto en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital:

«1. En la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria.

2. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta.»

Este complemento de convocatoria ha sido ya abordado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2018, de la que debemos extraer las siguientes consideraciones:

«4. Los argumentos de contrario del recurrente no pueden desvirtuar la doctrina expuesta. En primer lugar, porque si bien es indiscutible que la posibilidad de solicitar complemento de convocatoria constituye una medida protectora de la minoría en la sociedad anónima, no lo es menos que su ejercicio debe acomodarse a los requisitos legales y a las exigencias de funcionamiento del órgano de administración que derivan de la propia Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que, formulada en tiempo y forma la solicitud de complemento de convocatoria por accionista legitimado, la publicación del complemento de convocatoria por el órgano de administración es un acto debido cuyo incumplimiento acarrea, en su caso, la responsabilidad de los administradores. No es menos cierto, sin embargo, que la publicación sin dejar de ser un acto debido no es automática, toda vez que los administradores no solo pueden sino que deben realizar una función de filtro de la solicitud para comprobar si queda acreditada la legitimación del socio, si se cumplen los requisitos legales de tiempo y forma de la solicitud y, en fin, del contenido mismo de la solicitud en lo que hace al orden del día complementado.

5. En relación con la conducta a seguir por los administradores en los supuestos en que exista un deber legal o estatutario de convocar junta o de adicionar puntos/asuntos en el orden del día de una junta convocada, no se puede hablar de «automatismo». Los administradores de la sociedad afectada por una solicitud de convocatoria o de complemento de convocatoria no solo pueden, sino que deben cumplir con su deber de convocar la junta, cualquiera que sea su fundamento (legal o estatutaria) vigilando que se cumpla el pleno respeto a la Ley y a los estatutos y procurando siempre la mejor defensa del interés social.

A tal efecto, deben desempeñar un papel de «filtro» de la solicitud que consiste en cohonstar el deber de convocar con el deber de una defensa diligente del interés social. En sentido negativo, los administradores no quedan excusados en su actuación si se limitan a comprobar la legitimación del solicitante y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de tiempo y forma de la solicitud. Pueden incurrir en responsabilidad por el perjuicio causado cuando desempeñan indebidamente su labor de filtro. Tanto da que la junta general en cuestión sea una junta ordinaria o extraordinaria, que sea convocada por ellos mismos (aunque sea a requerimiento de persona obligada) o que sea convocada por el registrador en los casos en que proceda (en el bien entendido que incluso en este caso cabe el complemento de convocatoria en el marco del procedimiento de la convocatoria registral) (...)

La argumentación del recurrente insiste en que, tratándose la publicación del complemento de convocatoria de un acto debido, el órgano de administración no tiene más que darle cumplimiento. Esta consideración, que parte de la base de que existe un modo de automatismo en el desarrollo de los hechos derivados de la solicitud de complemento de convocatoria, no es correcta. La solicitud de complemento es llevada a cabo por una persona que lleva a cabo determinadas afirmaciones de parte (que es socio, que ostenta un determinado porcentaje de capital, que desea introducir determinados puntos en el orden del día), que el órgano de administración tiene que valorar pues el derecho del socio minoritario a solicitar el complemento no puede desvirtuar el deber del órgano de administración a verificar que el ejercicio se lleva a cabo conforme a derecho. Cuando el órgano de administración se organiza como consejo de administración, el cumplimiento de dicha obligación corresponde al consejo como tal sin que pueda ser llevada a cabo exclusivamente por uno de sus miembros. El consejo, si existen motivos, tiene que decidir si existe causa para no aceptar la condición de socio del solicitante o el porcentaje que afirma ostentar en el capital social. Incluso tiene la obligación de valorar si concurre causa excepcional que aconseje no incluir un punto en el orden del día por el posible perjuicio que el mismo pudiera causar a la sociedad. En suma, el órgano de administración, en ejercicio de sus obligaciones

legalmente establecidas está obligado a tomar en consideración la solicitud, a valorarla, a emitir opinión y decidir, bajo su responsabilidad, sobre su procedencia (...)

La Ley de Sociedades de Capital ha previsto que entre la convocatoria de junta general y su celebración medie el plazo de un mes (artículo 176), así como que la solicitud de complemento de convocatoria se reciba en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes (artículo 172). La diligencia del órgano de administración se corresponde a la que el propio ordenamiento exige al socio. Ambos deben comportarse de modo especialmente diligente tanto para llevar a cabo la solicitud como para darle respuesta.»

Aunque esta Resolución se refiera a un supuesto en que el órgano de administración estaba constituido por un consejo, es de destacar que «la diligencia del órgano de administración se corresponde a la que el propio ordenamiento exige al socio».

3. Este deber de diligencia por parte del socio se plasma en que, conforme al artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, «el ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria», es decir, debe cumplir con dos requisitos: forma («notificación fehaciente») y plazo («dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria»).

El registrador considera que no han cumplido con dichos requisitos ya que el burofax fue recibido por la sociedad habiendo transcurrido más de cinco días desde la publicación de la convocatoria; y respecto al correo electrónico no lo considera como «notificación fehaciente» por no intervenir una entidad «prestadora de servicios de certificación». El escrito de recurso considera que es fehaciente la comunicación efectuada mediante correo electrónico, aunque no haya intervenido un «prestador de servicios de certificación», ya que no es el único medio de acreditar la recepción del correo electrónico.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de 30 de diciembre de 2013, entiende por «notificación fehaciente» a efectos del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital «que la comunicación debe de llevarse a cabo a través de un modo de comunicación hábil para asegurar la recepción por parte del interesado o, cuando menos, que el interesado se encontraba en situación para tener conocimiento de la comunicación normalmente. La notificación debe recibirse (por tanto, enviarse) en el domicilio social, que es lugar que figura como tal en los estatutos de la sociedad».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016, en sede del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, admitió como válida la notificación efectuada en la sede principal de negocios de la sociedad y no es su domicilio social, pero en base a la doctrina de la imposibilidad de ir contra los propios actos, porque la sociedad había admitido como válidas, previamente, notificaciones efectuadas en dicha sede, es decir, basándose en la apreciación de la prueba practicada.

4. Pero la posibilidad de apreciar las pruebas por el registrador, y la distinción entre los conceptos autenticidad y fehaciencia, ha sido abordada por este Centro Directivo en Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019, en materia de si la convocatoria de una junta general, que conforme a estatutos debe hacerse por correo certificado, puede sustituirse por la efectuada por un servicio de mensajería, en los siguientes términos:

«Pero hay que resaltar, respecto del prestador del servicio postal universal (“Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.”), que, como resulta del artículo 22.4 de la 43/2010, únicamente las notificaciones efectuadas por éste gozan de “la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (...), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos”. Por lo demás la misma ley, en su artículo 22.4, párrafo segundo, establece que “las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el

artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”; referencia esta última que ha de ser actualizada a la vista de la posterior Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...)

En este ámbito administrativo, ciertamente diferente al notarial y registral pero que puede ser de utilidad a la hora de resolver el presente recurso, se ha entendido que del actual marco regulador de los servicios postales no se deduce que otros operadores distintos al operador postal universal no puedan llevar a cabo válidamente la notificación de actos administrativos, sino que éstos no disfrutan del efecto reforzado que establece la norma en cuanto a la fehaciencia que la ley otorga a la notificación efectuada por el operador que presta el servicio postal universal, así como que la prueba de la notificación infructuosa o del rechazo de la misma resulta fortalecida cuando la hace el operador postal universal, pero no por ello la notificación resultaría inválida. Eso sí, cuando se trate de notificaciones llevadas a cabo por otros operadores distintos del operador postal universal, sus efectos se regirán por las normas de Derecho privado en lo referido a su valor probatorio (cfr. artículo 39 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre) (...)

En el caso examinado, vistos los datos fácticos que conforman el recurso, se trata de una actuación en un ámbito incardinable en el derecho privado; y en el seno del procedimiento registral, que tiene unas singularidades legalmente reconocidas, pues tanto él, como la actuación notarial, han de desenvolverse con parámetros distintos a los de los tribunales a la hora de la apreciación y valoración de los elementos probatorios que en su caso puedan aportarse en el seno de un proceso con contradicción. Y es que notarios y registradores carecen del “imperium” (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) que es inherente a la jurisdicción, lo que sin duda incide muy especialmente a la hora de valorar la prueba de la actuación de un operador postal distinto del universal; valoración que, al margen del proceso, quedará sujeta a las normas del derecho privado en cuanto a la eficacia y validez probatoria de la documentación generada una vez cursada la pretendida notificación, y que en los campos notarial y registral necesita sin duda el plus que proporciona la fehaciencia (en este caso legalmente reconocida) (...)

Únicamente el operador postal universal goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral), tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos; y, como se ha expresado anteriormente, esta fehaciencia es cosa distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial, pero que se torna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto registradores como notarios (de ahí, por ejemplo, la remisión que realiza el artículo 202 del Reglamento Notarial al citado Decreto de 1999).»

5. Teniendo en cuenta los fundamentos anteriores; la dificultad de apreciación de la prueba por el registrador, y más teniendo en cuenta que la sociedad no ha sido parte en este expediente; los efectos que se producirían de practicarse la anotación, ya que conllevaría la consideración por el registrador de la junta como nula, conforme a los artículos 172 de la Ley de Sociedades de Capital y 104 del Reglamento del Registro Mercantil, al no haberse publicado el complemento de convocatoria; y la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados en esa junta general en vía judicial conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital; determinan que se confirme la nota de calificación.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso en los términos expuestos y confirmar la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 17 de mayo de 2021.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.